

Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11

Contratti della P.A. – Gara - Opere pubbliche - Aggiudicazione - Annullamento in autotutela - Ammissibilità - Condizioni.

N. 00011/2011 REG. DEC.

N. 01384/2010 REG. RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1384 del 2010, proposto da:
Finpower S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t;

contro

il Comune di Novoli, in persona del Sindaco p.t;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - Sede di Lecce, Sezione I, n. 2569 del 2009,
resa tra le parti, concernente l'annullamento degli atti di affidamento a trattativa
privata di servizi di energia.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Novoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2010 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Milli, su delega dell'avv. Licci, e Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con delibera n. 288 del 12 dicembre 2007, la Giunta del Comune di Novoli aveva affidato al responsabile dell'Ufficio Ambiente (e Segretario Generale del Comune) dr. Marco Rizzo l'incarico di reperire sul mercato proposte per lo sfruttamento dell'energia eolica e fotovoltaica, anche in vista della redazione del PRIE e della quantificazione della royalties spettanti al Comune stesso.

Con deliberazione n. 65 del 27 marzo 2008, la Giunta decideva quindi di aderire ad una proposta pervenuta dalla Finpower s.r.l. di Melfi e, approvata la bozza di convenzione "per incarico di affidamento del servizio di recupero degli indebiti, di consulenza energetica, razionalizzazione e risparmio energetico", incaricava il Responsabile dell'Ufficio Ambiente per la sottoscrizione del contratto.

2.- Con determinazione n. 301 del 14 aprile 2008, il dr. Marco Rizzo, Segretario Generale con funzioni anche di Direttore Generale (e Responsabile dell'Ufficio Ambiente), approvava uno schema di convenzione "per la produzione di energia alternativa fotovoltaica a costo zero" e affidava a trattativa privata l'incarico alla Finpower. Lo stesso giorno veniva sottoscritta anche la relativa convenzione.

Con determinazione n. 366 del 6 maggio 2008 il dr. Marco Rizzo approvava poi il preventivo di leasing proposto dalla Finpower. Con successiva determinazione n. 485 del 23 giugno 2008 approvava un nuovo preventivo di un finanziamento di

leasing a tasso fisso, offerto da un istituto bancario, per un importo pari a 29 milioni 250 mila euro e, in data 7 luglio 2008, con determinazione n. 563, approvava il progetto preliminare e definitivo per la costruzione di un impianto fotovoltaico.

3.- A seguito di delibera della Giunta comunale n. 230 del 28 novembre 2008, il Comune di Novoli, dopo aver provveduto alla sostituzione del Responsabile del Servizio Ambiente (dr. Marco Rizzo), con nota in data 9 dicembre 2008 comunicava alla Finpower l'avvio del procedimento di annullamento di tutti gli atti relativi alla richiamata procedura di affidamento, ivi compresa la convenzione già sottoscritta.

Il Comune, ricevute le osservazioni della parte, procedeva quindi all'annullamento degli atti con la determinazione n. 182 del 12 marzo 2009, comunicata con nota n. 4336 del 23 marzo 2009, avendo ritenuto che il dr. Rizzo, precedente Responsabile del Servizio Ambiente, aveva a suo tempo operato in totale carenza di poteri e al di fuori degli indirizzi stabiliti dalla Giunta comunale.

4.- Con il ricorso di primo grado la Finpower ha impugnato la deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Novoli n. 230 del 28/11/2008, riguardante "annullamento del procedimento di cui alle determinazioni dirigenziali n. 301, 366, 485 e 563 del 2008" nonché la determinazione dirigenziale n. 182 del 12/3/2009, con cui è stato annullato l'intero procedimento e si è dato atto che il contratto repertoriato al n. 1287 del 14/4/2008 doveva ritenersi caducato.

La Finpower ha impugnato poi (con motivi aggiunti) anche il successivo bando di gara d'appalto (CIG 02885452DD) pubblicato in data 16/3/2009, avente ad oggetto il "servizio di gestione della illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali con l'opzione di finanziamento tramite terzi del Comune di Novoli e della frazione di Villa Convento", nonché la deliberazione di Giunta Comunale n.

39 del 13/02/2009, con cui si era provveduto a privare di qualsiasi efficacia la D.G.C. n. 288 del 12/12/2007. La Finpower ha chiesto anche il risarcimento dei danni subiti a causa dell'agire dell'amministrazione.

5.- Con la sentenza appellata (n. 2569 del 5 novembre 2009) il TAR di Lecce ha respinto il ricorso proposto dalla Finpower (e i motivi aggiunti) nonché l'istanza risarcitoria.

La Finpower, con l'appello in esame, ha chiesto la riforma della predetta sentenza del TAR di Lecce nonché l'annullamento e la revoca della deliberazione di Giunta Municipale del Comune di Novoli n. 230 del 28/11/2008, avente ad oggetto "annullamento del procedimento di cui alle determinazioni dirigenziali n. 301, 366, 485 e 563 del 2008", nonché la determinazione dirigenziale n. 182 del 12/3/2009, con cui si è provveduto ad annullare l'intero procedimento di cui alle determinazioni innanzi indicate nonché a "caducare" il contratto repertoriato al n. 1287 del 14/4/2008, e tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali; nonché l'annullamento del bando di gara d'appalto (CIG 02885452DD) pubblicato in data 16/3/2009, avente ad oggetto "servizio di gestione della illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali con l'opzione di finanziamento tramite terzi del Comune di Novoli e della frazione di Villa Convento", e della deliberazione di Giunta Comunale n. 39 del 13/02/2009 con cui si è provveduto a privare di qualsiasi efficacia la D.G.C. n. 288 del 12/12/2007.

La Finpower ha poi chiesto anche la condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti, quantificati in € 172.947,00, a titolo di danno emergente, ed € 7.633.800,00 a titolo di lucro cessante, oltre interessi dalla data di maturazione di ogni singolo diritto e sino al soddisfo.

6.- Sostiene l'appellante l'erroneità della sentenza del TAR di Lecce in quanto, nella fattispecie, mancavano i presupposti per il corretto esercizio del potere di

annullamento in autotutela degli atti ritenuti illegittimi (in relazione al termine per l'esercizio del potere, alla mancanza dell'interesse pubblico e in considerazione del legittimo affidamento del privato), per la violazione dell'art. 23 della legge TAR e considerato che comunque il Comune non poteva recedere da un contratto già sottoscritto.

7.- L'appello deve tuttavia essere respinto.

Risulta preliminarmente infondato il primo motivo con il quale è stata lamentata la violazione dell'art. 23 della legge TAR, in relazione all'affermato tardivo deposito (nel giudizio di primo grado) di memorie da parte del Comune (che il TAR ha ritenuto invece di poter esaminare).

Non solo infatti, come affermato dal giudice di primo grado, il ricorso ha per oggetto la procedura di affidamento di servizi pubblici (e di un'opera pubblica), con la conseguente applicazione del rito accelerato previsto per i ricorsi in materia di appalti (art. 23 bis della legge TAR, oggi art. 120 del Codice del Processo amministrativo), ma deve anche ritenersi che il TAR sarebbe giunto alle conclusioni cui è pervenuto anche senza l'esame della memoria che si asserisce tardiva, sulla base degli atti dell'amministrazione che con molta chiarezza hanno indicato le ragioni che hanno determinato l'esercizio delle funzioni di autotutela.

8.- Passando all'esame del merito, si deve osservare che risulta pacificamente dagli atti che il dr. Rizzo, precedente Segretario Generale del Comune con funzioni di Direttore Generale nonché Responsabile del Settore Ambiente, aveva agito, come affermato dal Comune e ritenuto dal giudice di primo grado, ben oltre i limiti dell'incarico che gli era stato affidato dal Comune con la delibera di Giunta n. 288 del 12 dicembre 2007.

In particolare risulta evidente il contrasto fra i contenuti della delibera di Giunta n. 65 del 27 marzo 2008 (nella versione depositata in giudizio dal Comune) e la successiva determinazione dirigenziale n. 301, in data 14 aprile 2008.

Con la delibera n. 65 infatti la Giunta, vista la proposta pervenuta dalla Finpower s.r.l. di Melfi, autorizzava il dr. Rizzo, Responsabile del Settore Ambiente, a sottoscrivere una convenzione con la detta società “per incarico di affidamento del servizio di recupero degli indebiti, di consulenza energetica, razionalizzazione e risparmio energetico”, mentre con la successiva determinazione dirigenziale n. 301, in data 14 aprile 2008, il dr. Marco Rizzo, Segretario Generale con funzioni di Direttore Generale, approvava uno schema di convenzione “per la produzione di energia alternativa fotovoltaica a costo zero” e affidava a trattativa privata l’incarico alla Finpower, provvedendo poi, in pari data, alla sottoscrizione della relativa convenzione.

Più in particolare, con la delibera n. 65 del 2008, la Giunta aveva approvato una bozza di convenzione con la Finpower che riguardava un’attività di consulenza energetica volta, fra l’altro, al recupero di eventuali indebiti percepiti da fornitori di energia, dando atto che la delibera non comportava maggiori spese “ma solo il recupero di quanto indebitamente versato, non incassato e/o risparmiato dall’attività di razionalizzazione dei consumi energetici”.

Nell’art. 1 della convenzione si prevedeva quindi <<l’affidamento in via esclusiva dell’incarico di servizio di consulenza energetica a livello comunale “Energy Manager>>; il punto 1 dello stesso articolo prevedeva poi <<l’accertamento del mancato incasso, per tutte le annualità non prescritte ed il recupero, in via giudiziale e/o stragiudiziale dell’addizionale comunale sui consumi di energia elettrica>> e il punto 2 la consulenza per <<il recupero in via giudiziale e/o stragiudiziale degli eventuali indebiti percepiti dai rispettivi fornitori energetici per errata fatturazione e/o prescrizione delle rispettive competenti Autorità addebitate all’Amministrazione negli ultimi Dieci Anni>>. Nella delibera non si prevedeva quindi un possibile affidamento a trattativa privata per la realizzazione di un parco fotovoltaico su aree del Comune.

9.- Ben diverso risulta invece il contenuto dei successivi atti dirigenziali (che il Comune ha ritenuto di dover annullare) con i quali il dr. Marco Rizzo ha disposto, in assenza di una gara pubblica, l'affidamento in esclusiva alla Finpower della realizzazione di un vero e proprio parco fotovoltaico con l'assunzione di un rilevante impegno economico (almeno iniziale) per il Comune.

Risulta quindi corretto l'operato della Giunta Comunale che, rilevate tali evidenti difformità fra il contenuto degli atti di indirizzo e gli atti concretamente posti in essere dal dr Marco Rizzo, ha ritenuto di dover procedere all'annullamento di tali atti.

Infatti tali atti non solo si ponevano in contrasto, anche nella valutazione dell'interesse pubblico, con gli atti della Giunta ma, come correttamente affermato dal TAR di Lecce, risultavano anche illegittimi considerato che il dr. Rizzo aveva esercitato funzioni spettanti ad altri organi comunali (Consiglio e Giunta) e che la realizzazione delle opere e dei servizi in questione non poteva comunque essere affidata alla società ricorrente a trattativa privata (art. 57 del Codice dei Contratti) ma doveva essere oggetto di una pubblica gara. Altre illegittimità (riguardanti il mancato rispetto degli atti di programmazione dei lavori pubblici e l'autorizzazione a contrarre) sono indicate negli atti impugnati.

10.- Sostiene peraltro la Finpower che diverso (e più ampio) è il contenuto della delibera n. 65 del 2008 risultante dalla copia "autentica" in suo possesso (pure depositata in giudizio) e che la (più restrittiva) delibera depositata dal Comune deve ritenersi non autentica.

Questa Sezione non può tuttavia dare rilievo alla copia della delibera depositata dalla Finpower dovendo viceversa ritenere autentica, fino a prova contraria, la copia della delibera depositata dal Comune che ne custodisce l'originale.

Infatti, per principio pacifico, per contestare l'autenticità di un atto pubblico occorre provarne la falsità davanti al competente giudice attraverso l'apposita querela di falso.

Querela di falso che è proponibile unicamente innanzi al Tribunale Ordinario, ai sensi dell'art. 9 comma 2, c.p.c., e ciò, per quanto disposto dall'art. 28, comma 3, del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e dell'art. 8 comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034(v. ora l'art. 77 del d. lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, recante il Codice del Processo amministrativo), anche quando la questione riguarda una controversia giurisdizionale amministrativa.

11.- Non avendo la Finpower proposto querela di falso del documento prodotto in giudizio dall'amministrazione (e non avendo nemmeno chiesto la fissazione di un termine per proporre la querela davanti al giudice ordinario), questa Sezione non può che decidere sulla base del documento depositato dall'amministrazione che deve ritenersi per la sua provenienza e per il suo contenuto autentico.

Sul punto si può solo aggiungere che, con atto del 15 gennaio 2010, depositato in giudizio il 6 luglio 2010, il Comune di Novoli ha trasmesso sulla questione una informativa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lecce.

12.- Sulla base di quanto emerso risulta quindi esente da censure, come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado, l'operato del Comune che, nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela, ha ritenuto di dover annullare gli atti illegittimamente posti in essere dal dr. Rizzo.

Risultano presenti infatti tutti i presupposti che la legge (art 21 nonies della legge n. 241 del 1990) richiede per poter procedere in via di autotutela. E quindi non solo l'illegittimità degli atti ma anche evidenti ragioni di interesse pubblico, l'esercizio dell'attività di autotutela entro un termine ragionevole, la valutazione degli interessi dei destinatari certamente recessivi, in relazione alla particolarità della vicenda, rispetto all'interesse pubblico.

13.- Per quanto riguarda poi l'affermazione della appellante secondo cui il Comune non poteva comunque recedere da un contratto già sottoscritto (secondo motivo di appello), si deve ricordare che nella fattispecie non può parlarsi di recesso unilaterale dal contratto ma di caducazione del contratto a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione.

Infatti l'accertata illegittimità della procedura di affidamento di un'opera o di un servizio da parte di una pubblica amministrazione determina, in generale, oltre l'annullamento degli atti di aggiudicazione ritenuti illegittimi anche l'inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto (cfr. fra le più recenti, Consiglio Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1998).

Questa Sezione, in relazione al possibile esercizio in materia dei poteri autotutela, ha affermato che, anche se nei contratti della Pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa Amministrazione e del privato di concludere il contratto, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, non è tuttavia precluso all'Amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2009, n. 5427; sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17). E l'Amministrazione ha il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza ovviamente di

adeguate esigenze di interesse pubblico. In tale evenienza e in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti. Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato restando "caducato" a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione (cfr. per alcuni profili Consiglio Stato, Adunanza plenaria, 30 luglio 2008 n. 9, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato).

14.- In relazione al quadro descritto non può darsi quindi rilievo alla affermazioni della Finpower circa il vantaggio di natura economica che l'amministrazione comunale avrebbe potuto ricevere dalla realizzazione dei servizi e delle opere oggetto dell'affidamento poi annullato.

15.- Devono essere poi respinte anche le doglianze sollevate avverso la parte della sentenza del TAR con la quale sono stati ritenuti infondati i motivi aggiunti proposti avverso la delibera della Giunta n. 39 del 13 febbraio 2009 (con la quale è stata disposta la sostanziale revoca della delibera n. 288 del 2007) non sussistendo, in relazione al carattere generale della stessa, oneri di garanzia procedimentale (che del resto l'amministrazione aveva soddisfatto con riferimento agli atti che avevano direttamente riguardato la società appellante).

16.- Come sostenuto dal Comune resistente devono infine ritenersi improcedibili le doglianze sollevate (con i primi motivi aggiunti del ricorso di primo grado) avverso il bando, pubblicato il 16.3.2009, con il quale era stata bandita una gara

d'appalto per il servizio di illuminazione pubblica e la realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento degli impianti comunali, non risultando impugnati dall'appellante anche gli atti con i quali il Comune, in data 8.2.2010, ha aggiudicato la gara. In ogni caso non risultano nemmeno censurabili le valutazioni sul punto svolte dal giudice di primo grado che ha sottolineato il diverso oggetto della gara rilevando che i singoli interventi di "efficientamento" previsti avrebbero potuto anche essere realizzati mediante l'installazione di pannelli solari ma in ogni caso si sarebbe trattato di strutture poste all'interno o al servizio dei singoli edifici, senza per questo costituire, nell'insieme, un parco energetico a sé stante, quale quello oggetto degli atti annullati in autotutela.

17.- Per tutte le esposte considerazioni, ritenuta di conseguenza infondata la domanda risarcitoria, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sez. V, respinge l'appello

Condanna la parte appellante al pagamento di € 5.000 (cinquemila) in favore del Comune resistente per spese e competenze di giudizio

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2011

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione